

團體としての「訴訟法學會」に對し、法務廳並に最高裁判所の積極的な支援を期待する。

最後に、新學制において、民事訴訟法の講義時間が餘りに削減せられたことを指摘しなければならない。配當の時間では、實務的な訴訟手續の概略を説明し得るに止まる。我が國の實體法諸講義は、概して具體的な「法の適用」に關心が薄く、訴訟法の諸講義において補わなければならない。實定法に關する講義内容の全面的改善と共に（それはある程度、立法の改革を前提要件とする）、差當り民事訴訟法の講義時間の増加を圖る必要があると考へる。

附記

昨昭和二十四年秋、米國人文科學顧問團マーチン教授一行が來朝せられ、筆者は、日本側専門委員としてその會議に出席し、我が國の民事訴訟法學についての英文レポートを提出した。本稿は、その日本文である。資料として、ここに掲載する。

二 移りゆく商法

大野 實 雄

一 歴史の巨歩は遠慮なく政治や經濟の姿を變えてゆく。資本主義經濟の行方も、定かにこれを豫知することを得ない。人は歴史の必然性と偶然性を論じて、さながら倦くことを知らぬがごと

くに見えるが、喧しい論争から逃れて、被寫體としてのあるがままの現實を凝視し、時の刻みを瞬間的な姿において暗箱におさめてみるのも、決して意味ない業ではあるまい。「早稻田法學」に本欄の開設をみた機會に、アブレ・ゲールにおけるわが商法の姿を概觀せんとするのが本稿の目的である。併し、率直に言つて、今日なお戦後の立法は安定期に入つてはいないのであり、あらゆる法は朝令暮改のシーソー・ゲームを繰り返しており、人民は法を知らぬのが原則となり、輪轉機は改廢前の法令を印刷する機械となつた觀さえある。従てこゝした客觀的事情が、人をして制定法の理解に困難を感じしめ、敬遠的なそして又逃避的な態度に追い込み、法の輕視にまで導くこととなるのである。政治經濟の安定なくしては、法の安定を望み得べくもないとすれば、不安定な法の姿を有りのままの状態において捉らえておくことが、寧ろ必要であるといえよう。

二 およそインフレほど法の安定を脅かすものはないが、その好箇の例は貨幣の額を以て特定の規範のマキシマムを固定した法規で、小商人の範圍を劃するための資本金額二千圓や銀行企業の資本金百萬圓、保險企業における資本金十萬圓などがその一例である。インフレと保險金との關係に付いても、また同様である。最近民法第三〇九條但書が削除されたが、これは、煙草「ひかり」が五十圓に値上げされた時からみれば、はるかに遅れて了つた。

第五國會で勞働者の賃金の先取特權が、葬式費用の先取特權に優先の順位を與えられたのは、民法の商化現象に違いないが（商二九五）、あまりに緩慢な商化現象ではあるまいか。商化現象と見られるものには、尙ほ保險業法第八一條の削除がある。これによつて相互保險の企業性は益々明確な姿を採ることになつて來た。但しこの傾向に付ては、既に拙著「商法學序説」第二部においてこれを明かにしたことである（同書、四〇五頁以下參照）。商化現象に言及した機會に、手形法と企業説との關係を明かにしておく必要を感ずるのであるが、これも前掲の拙著において詳論したことである（同書、四四七頁以下參照）。西原教授が、破産法と共に手形法を商化現象として把握されているのは解し難い不透明であるが、學説の當否とは別に、昭和二十四年四月一日の東京手形交換所の交換高は、僅か一日にして三百六十五億圓の巨大な數字となつて現われ、この數字と昭和二十三年十二月末現在の全國銀行勘定に示された預金高五千四百七億圓（内現金百八十八億（預金の〇・〇三七%）、手形小切手五百三十六億（預金の〇・一〇六%）という數字とは、如何に手形が資本主義經濟組織の血液として企業と不可分の關係を有するかということ及び手形小切手法が、明かに、企業法たる商法の對象とされねばならぬことを示唆しているのであり、われわれは、この數字から手形が貨幣を節約する作用を營むことのいかに著しいものであるか、そして又銀行企業が存在理由の何たるかを教えられるところがなければならぬと思ひるのであ

る。

インフレは更に企業財産の評価に關して、極めて困難な問題を惹起した。特に株式會社の財産目録に記載する營業用の固定財産即ちいわゆる不變資本の評価に關する商法第二八五條の固定性は、徒らに擬制の利益を生み出し、法人税の對象とされるに至つて猛烈な批判を浴び、資本の修正若しくは再評價の要望となつて現われ、株價の修正と共に、經營の合理化に關する企業努力が、先ず經理面に向つて展開されつつある。これと併行して、自己資本調達のための増資の流行、數社の手になる轉換社債の發行、新株引受權による株主の優遇や物價に比較しての株價の割安、市中金利の低下と株式の民主化すなわち小株主の増大によ、株式の分散や従業員持株制に對する甘い誘惑など數え挙げれば限らない複雑な要素から出發した株式投資の激増が起り、貿易再開による外資導入をはやしての株價の暴騰は、遂に千圓相場の出現をみるに至つた。注目すべきは、これら増資による自己資本の使途であり、それが殆んど借入金返済や人件費の支出に使用されている事實である。

資本調達に關する商法の規定を機動性あるものとするために、無額面株の發行と授權資本制度の創設とが喧傳されて學界をも賑わし、英米法への關心が急速に高められるに至つたが、未だ立法化の段階には達していない。これに引きかえて、既に英米法を繼受したものに、獨占禁止法、事業者團體法及び證券取引法などが

あり、中小企業に關する立法としては、中小企業協同組合法の制を見るに至つた。獨禁法は、終戦後のわが國企業の進路を示すものとして極めて注目された立法であるが、その稀にみる嚴格性は、却つて日本經濟の再建を阻げるものとして批判され、第五國會において多くの修正が加えられたこと周知のとおりである。獨立の商法典を擁する大陸法の傳統を固執する者の間には、獨禁法の商法に對する優越性の問題が論議され、それが商法學の對象たりうるや否や、その商法に對する勢力關係如何等の諸點が主題となつたが、この命題は日本商法の特種性に基因する宿命であつて、資本主義的企業の申し子である獨占は、夙に企業法の採り上げべき主要テーマであつたにも拘らず、故にそれを放置してきた因果たるに過ぎない。そして獨禁法は百の理念の陳列よりも、具體的運用の面にその成否の懸る法律であり、判例研究の期待される沃野であるとも見るべきである。そして今日までの運用狀況を見るに、銀行の金利協定の取消を命じた事件のほかには、特に採り上げて論ずべき事件も見當らぬのであるが、最近報道された極東復航運賃同盟契約 (Far Eastern freight conference, homeward general cargo contract) の處理問題はその成行を注目してよい事件であらう。企業の資本調達を圓滑にすることと投資家の保護とは、一連の脈絡を保ちつつ進められなければならぬものであつて、その意味では證券取引法の使命と役割とが高く評價されねばならぬ。新仕法による證券業者の不便は抑えても、目論

見書による届出制度その他の強行によつて「青空」投資即ち架空の誇大宣傳による投資家への欺瞞行為はこれを禁壓しなければならぬのである。更に注目すべきことは、證券取引法による金融資本家と證券業者との職能の分離で、その結果は、一應は證券業者の優位と産業に對する支配力の獲得現象となつて現われるが、實際には金融資本の後退を意味しないことを看取しなければならぬ。獨禁法の緩和や集中生産方式の採用は、金融の梗塞と相俟つて中小企業を壓迫し、間接支配を復活すべし惧れが多い。この情勢に對處して、中小企業協同組合法が制定されたことは、まことに時機を得たものではあるが、中小企業が永遠に中小企業たることを目的とするものと考えたならば、大きな誤謬を犯すこととなるであらう。

三 戦後經濟の問題と別な角度から觀察すべきものに、海商法の變容がある。由來、率直に言つて戰爭を豫考せざる海商法は一つも存在しなかつたのであるが、戰爭放棄以後のわが海商法は、この新しい立場から、先ずその粧いを改めなければならぬとなつたのである。七洋制覇も重商主義も今や全く見果てぬ夢のごときものとなつた。そしてすこぶる印象的なものとして、尙われわれの記憶に残るのは「最惡の海商法は、一國民の利益にのみ支配される海商法である」としたバルドッシュの言葉である。さて、そこで、世界平和に向つて改裝せる帆を上げる海商法の船出は、

如何なるものであるか。SCALAP による日本海運管理の状況や貿易管理の現状及び戦後における法令の改廢状況の梗概に付いては、私の前掲著書に紹介しておいたとおりである（同書、二九一頁以下參照）。注目されるのは港則法、港域法、海上保安廳法、海事仲裁等に關する法律、船舶公團法、貿易公團法などの新設と船員法の全面的改正などである。更に決定的な事柄は、日本商船に許容されるであろう船腹の問題であつて、巷間の傳聞ではその數が僅かに二百萬ロングトンと言われていることであり、従つて今後、國際的な備船契約の締結や海上運送の變形が大きな特徴となつて現われて來ることが豫想される。古來日本の文化は、船による輸入文化であつたし、今後世界經濟の一環としての日本の經濟も、あらゆる文化もすべて船に依存する以外に方法がないこと及びCIF賣買や海上運送による貿易外收入の増大が日本經濟に寄與する度合の高さに想到すれば、後進國日本の海商法の負うべき新しい役割は決してこれを輕視することを許さぬのであつて、海商法自體の改正は未だ具體化してはいないけれども、何れは海上企業の責任制限に關する委付主義を去つて、船價主義又は金額主義に移行する可能性、共同海損に關するヨーク・アントワープ規則の採用、CIF賣買に關するワルソー・オックスフォード規則の採用、船荷證券における免責約款の再檢討などがより具體的な形をとるものと豫想される。序ながら陸上運送においても、鐵道は日本國有鐵道となり、日本專賣公社と共に、いわゆる公共

企業體としての發足をしたが、海陸ともに運送企業は、原子科學の發達の如何によつては、今後最もはげしい變化を経験する企業となることが想像される。

國際交通の回復と貿易の正常化が實現した際には、手形小切手法の改正が當然叫ばれるであらう。現在の統一法は、英米を加ざる統一法であつて、眞に統一法たるのみに値いしないし、統一法の制度と英米流通證券法の傳統とは、様々な點で趣を異にしているから、早晚手形小切手法の再檢討が表面化するに至る可能性がある。傳統の淺いわが企業法が、今後様々な經驗をつみ、たえがたき試煉に堪えて行かねばならぬことを考えると、商法學の前途には、いよいよ複雑な問題が續出して來ることを覺悟しなければならぬであらう。

四 資本主義的企業の法たる商法は、かくのごとくにして、刻々とその姿を變えつつあるが、ひるがえつて冷靜に考えてみると、現代商法は一つの忘れものをしてゐるやうに自分には思われる。かの剩餘價值説の絶對性や資本主義崩壞の必然性は、今の私の理會する確率では信ぜられないが、企業が資本と労働の賭博であり、労働が企業のエレメントである以上、貨幣資本 (capital agent) と労働資本 (capital travail) とは、法の前に平等の權利を主張し得なければならぬことに付いては、聊かも異論はない。労働が生んだ價值から、賃金を差引いた残りは、勞資の間に

公平に分配されねばならぬのであつて、これを要求する權利に對して與えられる法律的稱呼が言葉の眞の意義における株式又は持分であるべきだと思ふ。そしてこれが勞働株であり、商法の忘れものなのである。勞働株は、經營の合理化や人員整理や勞働組合や團體交渉や經營協議會や勞働委員會や勞働省の設置などよりも先行して認められねばならぬものであると信ずるし、世界史の上ではレーニンの革命より半年も先に生まれてゐる。それがブルジョアの發明した子供じみた玩具にすぎぬと言われ、勇ましい私有財産制度の否認にお客が殺到し、一方では従業員持株制というサントクロースが現われたり、健全なるユニオニズムが唱道されてゐる狀況が、私の暗箱に寫つた現代法の映像であり、勞働株は慘酷に棄てられた悲しき玩具」として映し出されてゐるのである。冷酷なのは給料の遅拂や首切にのみ合理化の根據を見出だす資本家はかりではない。

株主總會には多數の勞働者が出席して自由に發言する、重役會も半數は勞働重役が占めて、經理の一切を知つた上、企業の運營や合理化を討議する、金融會社もこれと同じようにして貸付や手形の處理などをする。貨幣資本や勞働資本の増減及び社債の發行なども一切そこで決まる。勿論、勞働時間や就業規則や福利施設などの基準も決められる。合併や企業の譲渡もそこで決定されるから、勞働の從屬性という學者の用語や民法第六二五條等は *désuétude* に落る。そして勞働省のお役人は、皆退職手當を

貰つて野に下り、思い思いの勞働會社へ就職する、その結果豫算が減つて勤勞所得税も安くなる。……何だか非常に世の中が明るくなつたような氣がする。……とたんに夢が破れる。覺めては追ひ、また覺めては追ひ夢の中に商法のイメージがあるのではなからうか。勞働株は決してユートピアでも白晝の夢でもなく、商法の改正によつて何時たりとも手易く實現せしめ得る可能性があり、條文の見本も既にできてゐる。そして憲法違反の心配は毛頭も存しない。もはや「株式會社の資本は之を株式に分つことを要す」(商一九九條)という規定は、偏見を以てこれを解釋することを中止すべきである。

商法が大切な忘れものをしてゐるのに、道義心に富む人々は敢えてこれを拾ひ上げようとしないが、民法は新に一つの課題を投げかけてゐる(民七六八條)。「夫婦の協力によつて得た財産の額」を、如何にして裁判所は認定するであらうか。家内勞働の評価と企業勞働の評価及びその各人の有すべき權利は、集團の形態こそ異なれ、本質を異にするものではない。そして公平こそは、法律學において、永遠に輝く明星でなければならない。(一九四九・七八稿)